Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.262/2003 /kra

Urteil vom 19. Oktober 2003
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Kolly, Karlen,
Gerichtsschreiber Borner.

Parteien
L._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Advokat Dr. Niklaus Ruckstuhl, Postfach 924, 4123 Allschwil 1,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich.

Gegenstand
Mehrfache Veruntreuung; ungetreue Amtsführung; Strafzumessung; Verweigerung des bedingten Strafvollzugs,

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil der Vorinstanz des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 14. Mai 2003.

Sachverhalt:
A.
L._____ war Angestellter der Gemeinde Zürich und als solcher zuständig für den Unterhalt und die Neueinrichtung verschiedener Bauten der Stadt. Er hatte namentlich die Rechnungen von Lieferanten und Handwerkern zu prüfen und sie anschliessend visiert zur Zahlung an eine Rechnungsstelle weiterzuleiten.

In der Zeit zwischen November 1989 und Mai 1995 schloss L._____ im Namen der Stadt Kaufverträge ab für Waren, die er für sich selbst verwendete. Er visierte die entsprechenden Rechnungen und liess sie durch die Stadt Zürich begleichen.
B.
Das Bezirksgericht Zürich verurteilte L._____ am 8. Dezember 1999 zu zwei Jahren Gefängnis und Fr. 10'000.– Busse. Ferner ordnete es den Vollzug einer vom Appellationsgericht Basel-Stadt am 24. Juni 1992 ausgesprochenen Strafe von 14 Tagen Gefängnis an; hingegen sah es davon ab, den Vollzug der am 12. Oktober 1988 vom Strafgericht Basel-Stadt namentlich wegen Betruges und Urkundenfälschung ausgesprochenen Strafe von 15 Monaten anzuordnen.

Auf Appellation L._____s und der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich bestätigte die Vorinstanz des Kantons Zürich am 7. Dezember 2000 die Verurteilung zu zwei Jahren Gefängnis und Fr. 10'000.– Busse. Hingegen verzichtete es darauf, den Vollzug der bedingt ausgesprochenen Gefängnisstrafe von 14 Tagen anzuordnen.

Das Kassationsgericht des Kantons Zürich hiess am 10. Juni 2002 eine Beschwerde L._____s gut. Es hob das Urteil vom 7. Dezember 2000 auf und wies die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück.
C.

Das Obergericht fällte das neue Urteil am 14. Mai 2003. Es sprach L._____ schuldig der mehrfachen Veruntreuung (Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 und Ziff. 2 StGB), des mehrfachen Betruges (Art. 148 Abs. 1 aStGB und Art. 146 Abs. 1 StGB), der mehrfachen Urkundenfälschung (Art. 251 Ziff. 1 aStGB), der mehrfachen Urkundenfälschung im Amt (Art. 317 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB) und der mehrfachen ungetreuen Amtsführung (Art. 314 aStGB) und verurteilte ihn zu einer Gefängnisstrafe von 21 Monaten und 13 Tagen (als teilweise Zusatzstrafe zu zwei Freiheitsstrafen von 14 und 3 Tagen) sowie zu einer Busse von Fr. 10'000.–. Es hielt namentlich 43 Einzelveruntreuungen über Fr. 81'619.25 und drei Betrüge über Fr. 13'690.– fest.
D.
L._____ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil der Vorinstanz sei aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Im Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerde prüft der Kassationshof nur die angefochtenen Punkte des Entscheids (Art. 273 Abs. 1 lit. a BStP; BGE 128 IV 106 E. 1, 126 IV 65 E. 1).
2.
Der Beschwerdeführer rügt den gleichzeitigen Schuldspruch wegen ungetreuer Amtsführung und qualifizierter Veruntreuung als Beamter. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz, die echte Konkurrenz bejaht hat (angefochtener Entscheid S. 381 ff.), ist nach seiner Auffassung nur eine der beiden Strafbestimmungen anwendbar: Entweder gehe Art. 314 StGB als lex specialis Art. 138 Ziff. 2 StGB vor oder Art. 314 StGB werde von Art. 138 Ziff. 2 StGB konsumiert (Beschwerdeschrift, Ziff. 10-13).
2.1 In Bezug auf die Taten, bei denen sich diese Frage stellt, hat die Vorinstanz, teilweise unter Verweis auf die erstinstanzlichen Erwägungen, Folgendes festgehalten (angefochtener Entscheid S. 321 ff. und 355 ff.; erstinstanzliches Urteil S. 54 ff. und S. 65 ff.):
2.1.1 Der Beschwerdeführer hat die Verträge mit den Lieferanten im Namen der Stadt geschlossen. Der Abschluss solcher Verträge lag im Rahmen seiner amtlichen Kompetenzen. Die Verträge zwischen den gutgläubigen Lieferanten und der Stadt waren gültig.

Bei Übertragung des Besitzes an den bestellten Waren auf den Beschwerdeführer erwarb die Stadt nicht Eigentum daran, weil der Beschwerdeführer nicht den Willen hatte, die Sachherrschaft über die Sachen für die Stadt auszuüben. Und der Beschwerdeführer wurde mangels eines gültigen Grundgeschäftes auch nicht selber Eigentümer. Das Eigentum blieb so bei den Lieferanten.

Durch die Übergabe der Sachen an den Beschwerdeführer, damit er sie für die Stadt in Besitz nahm, haben die Lieferanten dem Beschwerdeführer die Sachen anvertraut. Dieser hat sie nicht entsprechend verwendet, sondern wie ein Eigentümer darüber verfügt. Dadurch hat er sie sich angeeignet und so den Tatbestand der qualifizierten Veruntreuung erfüllt.
2.1.2 Der Beschwerdeführer verletzte überdies seine dienstlichen Pflichten. Denn er fügte der Stadt einen materiellen Schaden zu, als die im Namen der Stadt bestellten und bezahlten Waren nicht am vorgegebenen Bestimmungsort ankamen, sondern in seinem Herrschaftsbereich. Und er erwirkte so für sich einen Vorteil, worauf er keinen Anspruch hatte. Damit hat er den Tatbestand der ungetreuen Amtsführung erfüllt.
2.1.3 Die vorinstanzlichen Feststellungen wie der Schluss, dass sowohl der Tatbestand von Art. 138 Ziff. 2 wie jener von Art. 314 StGB erfüllt sind, wird in der Beschwerde nicht angefochten. Strittig ist allein die Frage der Gesetzeskonkurrenz.
2.2 Das Vorgehen des Beschwerdeführers zerfällt in zwei getrennte Phasen: Den Abschluss des Vertrages im Namen der Stadt und die anschliessende Aneignung der gelieferten Sache.

Der Beschwerdeführer hat im Namen der Stadt Waren gekauft, die für ihn gedacht waren und die die Stadt selbst nicht brauchte, aber bezahlen musste. Allein mit dem Kauf nicht benötigter Sachen hat der Beschwerdeführer durch Rechtsgeschäfte, die in seiner amtlichen Kompetenz lagen, Interessen der Stadt geschädigt. Diese Schädigung städtischer Interessen bestand auch, wenn der Kaufpreis an sich korrekt war; sie bestand ferner unabhängig davon, ob die Stadt das Eigentum an den Waren erhalten hat oder nicht. Mit dem Kauf hat sich der Beschwerdeführer ferner einen unrechtmässigen Vorteil verschafft, nämlich den Besitz an den im Namen

der Stadt gekauften Sachen. Der Abschluss der Verträge für sich allein erfüllte den Tatbestand der ungetreuen Amtsführung.

In der Folge hat sich der Beschwerdeführer die ihm anvertrauten Sachen angeeignet, um sich oder einen Dritten zu bereichern. Diese nachträgliche Aneignung erfüllte für sich allein den Tatbestand der Veruntreuung. Denn die Veruntreuung durch einen Beamten setzt nicht voraus, dass dem Täter die veruntreute Sache zuvor infolge einer Amtspflichtverletzung anvertraut worden ist.

Der Beschwerdeführer hat somit nacheinander zwei getrennte Handlungen vorgenommen, die jede für sich und unabhängig von der andern strafbar ist.

Die qualifizierte Veruntreuung ist mit einer höheren Strafe bedroht; Art. 138 Ziff. 2 StGB ist damit auf jeden Fall anwendbar (vgl. BGE 119 IV 154 E. 4a/aa). Die ungetreue Amtsführung ist nicht straflose Vortat, auch wenn die Verträge wohl nur geschlossen wurden, um die nachträgliche Veruntreuung zu ermöglichen. Denn eine straflose Vortat ist nur anzunehmen, wenn sich aus dem Gesetz deutlich ergibt, dass die Strafe für die Nachtat auch die Vortat abgelten soll (BGE 94 IV 65 E. 2b). Art. 138 StGB kann nun aber nicht entnommen werden, dass Amtspflichtverletzungen, mit welchen der Beamte bewirkt, dass ihm Sachen anvertraut werden, durch die Strafe für die spätere Aneignung der anvertrauten Sachen abgegolten sind. Im vorliegenden Fall ist der Beschwerdeführer zu Recht wegen beider Straftaten schuldig gesprochen worden.
2.3 Der Beschwerdeführer wurde im gleichen Zusammenhang zusätzlich der Urkundenfälschung bzw. Urkundenfälschung im Amt schuldig gesprochen, weil er einerseits die Rechnungen der Lieferanten visierte und so die Zahlung durch die Stadt veranlasste und andererseits einzelne Rechnungen abänderte. Diese Schuldsprüche sind nicht angefochten.
3.
Der Beschwerdeführer beanstandet die Annahme einer verjährungsrechtlichen Einheit in Bezug auf alle Veruntreuungen. Zwar habe die Vorinstanz richtigerweise eine solche bejaht für die ab dem 15. April 2001 begangenen Taten. Hingegen müssten die beiden ersten Veruntreuungshandlungen anders beurteilt werden, weil zwischen der ersten und zweiten sieben Monate und zwischen der zweiten und dritten neun Monate verstrichen sind. Dieser grosse zeitliche Abstand deute auf eine jeweilig einzelne, neue Vorsatzfassung und gebe keine Anhaltspunkte für eine dauernde Pflichtwidrigkeit (Beschwerdeschrift, Ziff. 14 und 16).
3.1 Mehrere zeitlich aufeinander folgende Straftaten, die eine verjährungsrechtliche Einheit bilden, werden in Bezug auf die Frage der Verfolgungsverjährung als eine juristische Einheit behandelt, mit der Folge, dass die Verjährungsfrist für alle Taten ab dem Zeitpunkt der letzten Tat zu laufen beginnt. Nach früherer Rechtsprechung wurde dies angenommen beim sog. fortgesetzten Delikt, das bejaht wurde, wenn mehrere gleichartige oder ähnliche Handlungen, die gegen das gleiche Rechtsgut gerichtet waren, auf ein und denselben Willensentschluss zurückgingen; entscheidend war ein subjektives Kriterium (vgl. BGE 102 IV 74 E. 2a). Nach der heute geltenden, 1991 begründeten Praxis der verjährungsrechtlichen Einheit sind hingegen objektive Kriterien massgebend. Mehrere Taten bilden eine verjährungsrechtliche Einheit, wenn sie gleichartig sind, sich gegen dasselbe Rechtsgut richten und, ohne dass ein eigentliches Dauerdelikt gegeben wäre, ein andauernd pflichtwidriges Verhalten darstellen, welches von dem in Frage stehenden Straftatbestand ausdrücklich oder sinngemäss umfasst wird (BGE 127 IV 49 E. 1b, 117 IV 408 E. 2f/bb).

Mehrere Veruntreuungen zu Lasten desselben Geschädigten können eine verjährungsrechtliche Einheit bilden (BGE 127 IV 49, 124 IV 5). Das wird vom Beschwerdeführer auch nicht in Frage gestellt, sondern für die Mehrzahl der ihm vorgehaltenen Taten anerkannt. Was er gegen den Einbezug der beiden ersten Veruntreuungen vorbringt, fusst auf der alten Theorie des fortgesetzten Delikts und dem ihr zu Grunde liegenden einmaligen Willensentschluss; dieses subjektive Kriterium ist aber nicht (mehr) entscheidend. Hingegen kann sich die Frage stellen, ob zwischen den einzelnen Taten ein zeitlicher Zusammenhang bestehen muss und wie eng dieser gegebenenfalls sein muss, um objektiv ein andauerndes Verhalten im Sinne der verjährungsrechtlichen Einheit zu bilden. Die Frage kann vorliegend offen bleiben.
3.2 Massgebend für die Bestimmung der Verjährungsfrist ist die vom Gesetz angedrohte Strafe. Wo neben dem Grundtatbestand durch eigens umschriebene Qualifikationen gekennzeichnete Tatbestände mit besonderen Strafdrohungen vorgesehen sind, wie beispielsweise bei der qualifizierten Veruntreuung, sind diese besonderen

Strafdrohungen massgebend (BGE 108 IV 41 E. 2a).

Die qualifizierte Veruntreuung verjährt in zehn, absolut in fünfzehn Jahren (Art. 70 und 72 Ziff. 2 aStGB, Art. 138 Ziff. 2 StGB). Die älteste dem Beschwerdeführer vorgeworfene Veruntreuung geht auf den 20. Dezember 1989 zurück. Bis zur Verhaftung am 12. Juni 1995 waren keine zehn Jahre und bis zum letztinstanzlichen kantonalen Urteil vom 14. Mai 2003 keine fünfzehn Jahre verflossen. Die Veruntreuungen sind somit nicht verjährt, selbst wenn sie keine verjährungsrechtliche Einheit bildeten.

Die Vorinstanz hat die Frage der verjährungsrechtlichen Einheit nur im Rahmen einer subsidiären Erwägung aufgeworfen um aufzuzeigen, dass die Veruntreuungen auch nicht verjährt wären, wenn vom Grundtatbestand und nicht vom qualifizierten Tatbestand ausgegangen würde (angefochtener Entscheid S. 313). Auf die Rüge des Beschwerdeführers ist mangels rechtlichen Interesses nicht einzutreten (BGE 128 IV 34 E. 1b).
4.
Der Beschwerdeführer rügt, das vorinstanzliche Urteil enthalte nichts zur Frage der verjährungsrechtlichen Einheit in Bezug auf die Betrüge, weshalb es im Sinne von Art. 277 BStP aufzuheben sei (Beschwerdeschrift, Ziff. 14 f.).

Diese Rüge ist unzulässig. Eine ungenügende Begründung im Sinne von Art. 277 BStP kann nur im Zusammenhang mit einer Rüge wegen Verletzung einer bestimmten bundesrechtlichen Norm kritisiert werden (BGE 117 Ia 1 E. 1b). Eine solche fehlt vorliegend.

Im Übrigen verjährt Betrug in zehn bzw. fünfzehn Jahren (Art. 146 Abs. 1 StGB bzw. Art. 148 Abs. 1 aStGB und Art. 70 aStGB). Den ältesten Betrug beging der Beschwerdeführer im Jahr 1991. Selbst diese Straftat ist nicht verjährt.
5.
Der Beschwerdeführer beanstandet unter verschiedenen Aspekten die Strafzumessung (Beschwerdeschrift, Ziff. 17 ff.).
5.1 Er beginnt mit einem akribischen Vergleich der Begründung des Strafmasses in den beiden Urteilen der Vorinstanz vom 7. Dezember 2000 und 14. Mai 2003, ausgehend von der Prämisse, die Vorinstanz sei an ihre Erwägungen im ersten Urteil gebunden gewesen und habe im neuen Urteil nur neue Gesichtspunkte neu gewichten dürfen (Beschwerde Ziff. 17-23).

Anfechtbar mittels eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde ist allein das Urteil vom 14. Mai 2003. Es ist somit nur zu prüfen, ob die in diesem Urteil ausgesprochene Strafe als solche bundesrechtskonform ist. Weder Art. 63 StGB noch eine andere Bestimmung des eidgenössischen Gesetzesrechts schreibt vor, dass der kantonale Richter, dessen erstes Urteil durch eine kantonale Rechtsmittelinstanz aufgehoben wurde, beim zweiten Urteil an die im kantonalen Rechtsmittelverfahren nicht bemängelten Erwägungen zur Strafzumessung im ersten, aufgehobenen Urteil gebunden bleibt.

Die Rüge ist schon im Ansatz verfehlt. Es ist darauf nicht weiter einzugehen.
5.2 Der Beschwerdeführer rügt die Nichtanwendung von Art. 65 StGB, obwohl die Voraussetzungen von Art. 64 Abs. 8 StGB (Verstreichen verhältnismässig langer Zeit) gegeben waren (Beschwerdeschrift, Ziff. 24 f.).

Art. 65 StGB bewirkt einzig eine Erweiterung des Strafrahmens nach unten, lässt seine obere Grenze aber unberührt. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ist die Bestimmung folglich nicht geeignet, der aus Art. 68 StGB folgenden Ausweitung des Strafrahmens nach oben entgegenzuwirken. Liegt ein Strafmilderungsgrund im Sinne von Art. 64 StGB vor, muss die Strafe jedenfalls innerhalb des ordentlichen Strafrahmens gemindert werden. Sie kann auch gemildert und damit unterhalb der unteren Grenze des ordentlichen Strafrahmen festgesetzt werden; das ist aber nur eine Möglichkeit und nicht zwingend (BGE 116 IV 11).

Die Vorinstanz nahm einen Strafmilderungsgrund an und berücksichtigte diesen als insgesamt deutlich strafmindernd; hingegen sah sie keinen Anlass, den ordentlichen Strafrahmen nach unten zu durchbrechen, und verzichtete auf eine Strafmilderung im Sinne von Art. 65 StGB (angefochtener Entscheid S. 413-418). Hierbei

verletzte sie kein Bundesrecht, da offensichtlich ist, dass eine Strafe, die geringer wäre als die bei qualifizierter Veruntreuung angedrohte Mindeststrafe von drei Tagen Gefängnis (vgl. Art. 36 und Art. 138 Ziff. 2 StGB), im vorliegenden Fall nicht in Betracht fällt. Die Rüge ist unbegründet.
5.3 Der Beschwerdeführer rügt schliesslich, dass nicht eine Strafe von 18 Monaten Gefängnis festgesetzt wurde, deren Vollzug zur Bewährung hätte ausgesetzt werden können. Er beruft sich hierbei auf die Rechtsprechung, die in Bezug auf Strafen von nicht erheblich mehr als achtzehn Monaten ergangen ist (Beschwerdeschrift, Ziff. 26-35). Danach ist die Grenze von achtzehn Monaten für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs bei der Strafzumessung zu berücksichtigen, wenn eine Freiheitsstrafe von nicht erheblich längerer Dauer, d.h. von höchstens 21 Monaten, in Betracht fällt und die Voraussetzungen des bedingten Strafvollzugs im Übrigen erfüllt sind (BGE 127 IV 97 E. 3, 118 IV 337).

Die Vorinstanz hat ein Abstellen auf diese Rechtsprechung abgelehnt, hauptsächlich weil die Strafe 21 Monate übersteigt und subsidiär weil dem Beschwerdeführer mangels günstiger Prognose der bedingte Vollzug einer Freiheitsstrafe sowieso nicht gewährt werden könnte (angefochtener Entscheid S. 431-445).

Die Strafe übersteigt, wenn auch nur um wenig, so doch immerhin die von der Rechtsprechung festgesetzte Grenze von 21 Monaten. Es besteht keine Veranlassung, auf diese Rechtsprechung zurückzukommen und die Schwelle zu erhöhen. Insbesondere bildet der neue Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches vom 13. Dezember 2002, dessen Inkrafttreten noch nicht feststeht, keinen Grund. Wohl wird dort die Grenze für den bedingten Strafvollzug auf zwei Jahre angehoben (Art. 42). Doch mit der gleichzeitigen Einführung des teilweise bedingten Strafvollzugs für Strafen zwischen einem und drei Jahren (Art. 43) wird das System des bedingten Strafvollzugs flexibler und verliert die Obergrenze für den vollständigen bedingten Vollzug einen Teil seiner heute einschneidenden Bedeutung, welche der Rechtsprechung zu den Strafen, die die aktuelle Obergrenze nicht erheblich überschreiten, zu Grunde liegt.

Damit erweist sich der angefochtene Entscheid in diesem Punkt als rechtskonform. Auf die Kritik des Beschwerdeführers an der subsidiären Begründung der Vorinstanz zur günstigen Prognose ist demzufolge nicht weiter einzugehen (Beschwerdeschrift, Ziff. 28-35). Die Rüge ist unbegründet.
5.4 Es bleibt zu prüfen, ob die Strafe im Ergebnis unverhältnismässig streng ist, die Vorinstanz also das ihr bei der Strafzumessung zustehende, weite Ermessen missbraucht hat (vgl. BGE 127 IV 101 E. 2c). Das ist eindeutig nicht der Fall. Selbst für den Beschwerdeführer wäre die angemessene Strafe denn auch nur wenig tiefer, nämlich höchstens 18 Monate, allenfalls gar 20 bis 21 Monate (Beschwerdeschrift, Ziff. 26). Es kann auf die ausführlichen Erwägungen der Vorinstanz (angefochtener Entscheid S. 385-445) verwiesen werden (Art. 36a Abs. 3 OG).
6.
Mit dem Entscheid in der Sache ist das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.
Ausgangsgemäss hat der Beschwerdeführer die bundesgerichtlichen Kosten zu tragen (Art. 278 Abs. 1 BStP).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 19. Oktober 2003
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: